

**JBPR 2005/46**

**Rechtbank Utrecht**

2 februari 2005, 178258/HA ZA 04-1113.

( Mr. Straver )

Berend Frans Wilhelmus Jansen te Utrecht,  
eiser,

procureur: mr. A. Boulogne,

tegen

Willem Adriaan Landa te Zeist,

gedaagde,

procureur: mr. D. van de Lockant-  
Geschiere.

Dit vonnis bouwt voort op het tussenvonniss  
van deze rechtbank d.d.

29 september 2004 (hierna: “het  
tussenvonniss”).

Waarheidsplicht, Geheimhoudingsregeling  
mediation, Bewijsovereenkomst

[Rv - 21; 153]

## » Samenvatting

Een der partijen bij een in het kader van  
een mediation totstandgekomen  
vaststellingsovereenkomst wil getuigen  
horen in een procedure over de uitleg van  
deze vaststellingsovereenkomst. De andere  
partij verzet zich hiertegen met een beroep  
op de in het kader van de mediation  
overeengekomen geheimhoudingsregeling.  
De kern van de onderhavige procedure  
betreft de vraag of de waarheidsplicht van  
art. 21 Rv zich verzet tegen een beroep op  
de geheimhoudingsregeling. Naar het  
oordeel van de Rechtbank Utrecht is dit in  
casu niet het geval.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

### Uitspraak

Dit vonnis bouwt voort op het tussenvonniss  
van deze rechtbank d.d. 29 september 2004  
(hierna: “het tussenvonniss”).

## 1. Het verdere verloop van de procedure

De rechtbank heeft op basis van het  
tussenvonniss een getuigenverhoor bepaald  
op donderdag 13 januari 2005.

Voorafgaand aan dit getuigenverhoor heeft  
de rechtbank een comparitie van getuigen  
gelast, zulks naar aanleiding van een door  
partij Landa opgeworpen bezwaar tegen het  
houden van een getuigenverhoor, waarbij is  
verwezen naar artikel 4 geheimhouding van  
de tussen partijen gesloten mediation  
overeenkomst (hierna: “de mediation  
overeenkomst”), alsmede naar artikel 7,  
geheimhouding, van het NMI-Mediation-  
reglement 1995 (editie 1999) (hierna: “het  
reglement”) dat op de mediation  
overeenkomst van toepassing is verklaard.  
Ter gelegenheid van de op 13 januari 2005  
gehouden comparitie van partijen hebben  
partijen hun standpunt naar aanleiding van  
het aldus opgeworpen bezwaar (nader)  
toegelicht en heeft Landa verzocht op dit  
punt een afzonderlijke beslissing te geven.  
Aansluitend is vonnis bepaald op heden.

## 2. De beoordeling van het opgeworpen bezwaar

2.1. Bij tussenvonniss heeft de rechtbank  
Jansen in de gelegenheid gesteld te  
bewijzen dat partijen in het kader van de  
mediation zijn overeengekomen dat er op  
Landa een terugbetalingsverplichting zou  
rusten indien zou blijken dat de door  
Jansen en Landa aan de aannemer  
verschuldigde aanneemsom lager zou  
uitvallen dan de tussen hen  
overeengekomen aanneemsom ad  
f 135.492,74. De rechtbank begrijpt dat  
Landa zich op het standpunt stelt dat de  
geheimhoudingsbepaling in de mediation  
overeenkomst (artikel 4 van de mediation  
overeenkomst, hierna: “het  
geheimhoudingsbeding”) bepaalde

informatie uitsluit van bewijs en als zodanig als een bewijsovereenkomst heeft te gelden in de zin van artikel 153 Rv en dat het op grond daarvan de rechtbank niet vrijstaat getuigen te horen omtrent hetgeen valt onder het geheimhoudingsbeding. De rechtbank begrijpt voorts dat Landa stelt dat informatie betreffende doel en strekking van de in het kader van de mediation gesloten vaststellingsovereenkomst (hierna: “de vaststellingsovereenkomst”) valt onder het geheimhoudingsbeding, nu die informatie slechts kan worden verkregen door getuigen te (doen) horen omtrent hetgeen in het kader van de mediation aan de orde is gekomen.

2.2. De rechtbank stelt voorop dat de geheimhoudingsplicht die partijen bij aanvang van de mediation overeen komen is te karakteriseren als een bewijsovereenkomst in de zin van artikel 153 Rv die in beginsel de rechter bindt. In artikel 21 Rv is echter de plicht opgenomen dat partijen de voor de beslissing van de rechter van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid moeten aanvoeren. Indien men bij overeenkomst besluit dat bepaalde bewijsmiddelen in het geheel worden uitgesloten, zal dat in strijd kunnen komen met de wettelijke waarheidsplicht.

2.3. Allereerst dient de vraag beantwoord te worden of de informatie – verkregen tijdens de mediationprocedure – die getuigen, waaronder de mediator, kunnen verstrekken ten aanzien van doel en strekking van de vaststellingsovereenkomst, dient te worden beschouwd als informatie waarop het geheimhoudingsbeding ziet. Blijkens hetgeen daaromtrent is bepaald in artikel 7 en artikel 15 van het reglement is dat het geval. Artikel 7 van het reglement luidt immers, voor zover relevant, als volgt:

“7.1. Partijen verbinden zich om aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – geen mededelingen te doen

omtrent het verloop van de Mediation-procedure, de daarbij door Partijen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, door hen verstrekte informatie.

7.2. Partijen verbinden zich om geen stukken aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – bekend te maken, te citeren, aan te halen, te parafraseren of zich daarop anderszins te beroepen, indien deze stukken door een bij de Mediation betrokken Partij bekend zijn gemaakt, getoond, geciteerd of geparafraseerd. Deze verplichting geldt niet indien en voor zover de desbetreffende Partij onafhankelijk van de Mediation reeds zelf over deze stukken beschikte of daarover had kunnen beschikken. Onder stukken als bedoeld in dit artikel worden mede verstaan: door Partijen of door de Mediator in het kader van de Mediation opgestelde memories, notities, verslagen van zittingen, etc., alsmede andere gegevensdragers (...)

7.3. Het gestelde in de voorgaande leden van dit artikel geldt overeenkomstig voor de Mediator.

7.4. Partijen verplichten zich nimmer de Mediator, Hulppersonen en/of andere bij de Mediation betrokkenen, als getuige of anderszins te horen of te doen horen over feiten, stukken, voorstellen, verklaringen etc. – alles in de ruimste zin des woords – die tijdens de Mediation aan de orde zijn geweest, indien en voor zover de desbetreffende Partij onafhankelijk van de Mediation daarover niet reeds zelf beschikte.

(...)

7.6. Dit artikel laat onverlet het gestelde in artikel 15.”

In artikel 15 van het reglement (dat handelt over de nakoming van de vaststellingsovereenkomst) is bepaald dat

partijen geschillen ten aanzien van de door hen gesloten vaststellingsovereenkomst zullen onderwerpen aan Mediation, alvorens deze aan het oordeel van de rechter voor te leggen. Voorts is in dit artikel opgenomen:

“In uitzondering op het gestelde in artikel 7 kan de door Partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst in een dergelijke procedure aan de Mediator, de rechter of arbiter(s) worden overgelegd.”

De rechtbank maakt uit de hiervoor geciteerde zin in artikel 15 van het reglement op dat slechts ten aanzien van de ondertekende vaststellingsovereenkomst zelf een uitzondering op de geheimhoudingsplicht van artikel 7 van het reglement geldt. Dat betekent dat de informatie betreffende het tot stand komen van de vaststellingsovereenkomst valt onder het geheimhoudingsbeding.

2.4. Hetgeen in r.o. 2.3 is overwogen brengt met zich dat de rechtbank dient te beoordelen of het beroep van Landa op de bewijsovereenkomst die partijen hebben gesloten (en het hieruit voortvloeiende bezwaar tegen het horen van getuigen omtrent hetgeen partijen tijdens de mediation ten aanzien van doel en strekking van de vaststellingsovereenkomst naar voren hebben gebracht of doen brengen), afgezet tegen het belang van de materiële waarheidsvinding, gehonoreerd dient te worden. De rechtbank acht voor deze beoordeling het volgende van belang.

2.5. Als uitgangspunt heeft te gelden dat Jansen, ten bewijze van zijn stellingen in deze procedure, naar het zich laat aanzien slechts gebruik kan maken van informatie die tijdens de mediationprocedure aan de orde is geweest. Zou Jansen derhalve niet de getuigen kunnen (doen) horen die door hem zijn aangekondigd, dan ligt derhalve voor de hand dat het risico dat het bewijs niet zal kunnen worden geleverd van de stellingen van Jansen, welk risico

vooralsnog op Jansen rust, zich verwezenlijkt. Voor dit risico moet Jansen evenwel worden geacht uitdrukkelijk gekozen te hebben, nu hij de mediation overeenkomst heeft gesloten waarin dit risico met zoveel woorden tot uitdrukking komt door toepasselijkheid van artikel 7 van het reglement. In dit verband is nog van belang dat artikel 8.2 van de mediation overeenkomst bepaalt dat tijdens de loop van de mediation tussen partijen gemaakte afspraken partijen alleen binden voor zover deze schriftelijk tussen hen zijn overeengekomen. Mede in dit licht rust, zo begrijpt de rechtbank, op de mediator de verplichting om hetgeen Partijen zijn overeengekomen deugdelijk vast te leggen (artikel 14 van het reglement). Partijen hebben zich tenslotte, zo is ter gelegenheid van de comparitie van partijen d.d. 13 januari 2005 gebleken, beiden bij laten staan door advocaten die de concept vaststellingsovereenkomst hebben beoordeeld alvorens partijen die hebben ondertekend.

Aldus moet worden geconcludeerd dat partijen er feitelijk voor hebben gekozen de vaststellingsovereenkomst tot enig bewijs van de door hen gemaakte afspraken te laten gelden, zulks met uitsluiting van overig bewijs.

2.6. De rechtbank is van oordeel dat het enkele feit dat de vaststellingsovereenkomst op het door Jansen gestelde punt onvolledig is niet zo zwaarwegend is dat Landa Jansen, in het belang van de waarheidsvinding, niet mag houden aan de bewijsovereenkomst die partijen aldus hebben gesloten.

Dit zou anders kunnen liggen indien de vaststellingsovereenkomst zo onduidelijk of onvolledig zou zijn dat voor het vaststellen van de verplichtingen die tussen partijen over en weer gelden een nadere standpuntbepaling vereist zou zijn en in het kader daarvan bewijs zou zijn opgedragen, teneinde de afspraken die tussen partijen

zijn gemaakt in rechte vast te kunnen stellen. Daarvan is echter in dit geval geen sprake. De rechtbank heeft immers r.o. 4.2 van het tussenvonnis overwogen:

“Uit artikel 2.1 van de vaststellingsovereenkomst bezien in verband met artikel 2.4 van de vaststellingsovereenkomst (zoals weergegeven in 2.3) volgt ondubbelzinnig dat partijen, zijn overeengekomen dat Jansen op uiterlijk 2 april 2002 aan Landa zal betalen € 25.718,= (f 56.675,=) exclusief de wettelijke rente ad € 792,=. Uit artikel 2.2 van de vaststellingsovereenkomst (zoals geciteerd in 2.3) volgt dat in dit bedrag is inbegrepen de helft van de tussen Jansen en Landa met de aannemer overeengekomen aanneemsom van f 135.492,74, namelijk f 67.746,=.

Dat partijen daarbij enig voorbehoud hebben gemaakt voor het geval dat de aanneemsom uiteindelijk lager zou uitvallen, valt niet uit de vaststellingsovereenkomst af te leiden, noch valt uit de vaststellingsovereenkomst op te maken dat er in dat geval op Landa een terugbetalingsverplichting zou rusten.

De bepaling van artikel 2.2 van de vaststellingsovereenkomst (zoals geciteerd in 2.3) biedt daarvoor geen aanknopingspunt.”

2.7. Het geheel overziende komt de rechtbank tot de conclusie dat Jansen en de rechtbank gebonden zijn aan de tussen partijen in het kader van de mediation gesloten bewijsovereenkomst, zodat de rechtbank geen getuigen zal horen omtrent hetgeen in het kader van de mediation tussen partijen is besproken of anderszins aan de orde is gekomen of vastgelegd. Nu niet gesteld of gebleken is dat Jansen in staat is het bewijs van zijn stellingen anders te leveren dan door middel van het verstrekken van informatie die valt onder het geheimhoudingsbeding (de

bewijsovereenkomst) zou naar het oordeel van de rechtbank in deze zaak een eindvonnis kunnen worden gewezen.

Alvorens ter zake te beslissen zal de rechtbank partijen evenwel in de gelegenheid stellen zich hieromtrent bij akte uit te laten.

### **3. De beslissing**

De rechtbank:

**3.1** verwijst de zaak naar de rolzitting van 2 maart 2005 voor het nemen van een akte door Jansen over hetgeen in nummer 2.7 is vermeld;

**3.2** houdt iedere verdere beslissing aan.

### **» Noot**

1. De kern van het geschil dat tot bovenstaand vonnis heeft geleid, betreft de vraag of de tussen partijen gesloten mediationovereenkomst, waarin een geheimhoudingsbeding is opgenomen, alsmede de op de mediation van toepassing verklaarde geheimhoudingsregeling van het NMI-mediationreglement, door de ene partij kan worden ingeroepen om te voorkomen dat door de andere partij getuigen worden gehoord die zich dienen te verklaren over het doel en de strekking van de in het kader van de mediation gesloten vaststellingsovereenkomst. De rechtbank dient in dit verband verschillende vragen te beantwoorden. Allereerst dient te worden beoordeeld of de van toepassing zijnde bepalingen betreffende geheimhouding betrekking hebben op de informatie waarover een van de partijen thans getuigen wenst te horen. De rechtbank oordeelt dat dit het geval is. Dit is een kwestie van uitleg. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of de betreffende geheimhoudingsregeling is te kwalificeren als een op zichzelf in beginsel geoorloofde bewijsovereenkomst in de zin van art. 153 Rv. De rechtbank beantwoordt

deze vraag eveneens bevestigend. Vervolgens komt echter de meest interessante vraag aan de orde: staat het belang van de materiële waarheidsvinding, dat in het onderhavige geval blijkbaar slechts kan worden gediend door het horen van getuigen over informatie die tijdens de mediationprocedure aan de orde is geweest, in de weg aan een beroep op deze op zichzelf rechtsgeldige bewijsovereenkomst? De rechtbank oordeelt dat dit niet het geval is, met name omdat, vrij vertaald, voor de partij die de overeengekomen geheimhoudingsregeling krijgt tegengeworpen – Jansen – duidelijk moet zijn geweest dat door deze regeling overeen te komen de na mediation gesloten vaststellingsovereenkomst tot enig bewijs van de door hem met zijn wederpartij gemaakte afspraken kon dienen en dit derhalve geacht kan worden zijn uitdrukkelijke keuze te zijn. Bovendien weegt de rechtbank mee dat de belangen van Jansen bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst voldoende bescherming hebben genoten, nu het gaat om een schriftelijke overeenkomst, die pas is ondertekend nadat deze in concept door zijn advocaat is beoordeeld. Het enkele feit dat de vaststellingsovereenkomst op het door Jansen gestelde punt onvolledig is, is volgens de rechtbank niet zo zwaarwegend dat Jansen in het belang van de waarheidsvinding niet mag worden gehouden aan de door hem gesloten bewijsovereenkomst.

2. Hoe te oordelen over de beslissing van de rechtbank? Deze beslissing dient te worden gezien in het kader van de meer algemene vraag: hoe aan te kijken tegen het spanningsveld tussen enerzijds de verplichting van art. 21 Rv, de rechter over de voor zijn beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid te informeren, en anderzijds het in het kader van mediation geldende uitgangspunt, dat de informatie die tijdens de mediation wordt uitgewisseld vertrouwelijk is, en de hierop gebaseerde geheimhoudingsplicht

die bij aanvang van een mediation wordt overeengekomen? Een spanningsveld waarmee de rechter en partijen geconfronteerd kunnen worden na een mislukte mediation, maar ook, zoals in het onderhavige geval, na een op zichzelf geslaagde mediation, resulterend in een vaststellingsovereenkomst, die vervolgens (weer) een geschil oproept. Overigens speelt het spanningsveld tussen art. 21 Rv en contractuele geheimhoudingsverplichtingen niet alleen in relatie tot mediation, maar kan deze kwestie bijvoorbeeld ook spelen in het kader van een geschil over een bedrijfsovername, met het oog waarop een due diligence rapport is opgesteld ten aanzien waarvan tussen partijen geheimhouding is overeengekomen (hetgeen in de ondernemingspraktijk, juist tegen de achtergrond van art. 21 Rv, regelmatig schijnt voor te komen). In het kader van deze noot beperk ik mij niettemin tot het spanningsveld tussen openheid in rechte en vertrouwelijkheid in het kader van mediation. Bovendien beperk ik mij, in aansluiting op de uitspraak van de Rechtbank Utrecht, tot de positie van de partijen bij zowel de mediation als de latere gerechtelijke procedure en in het bijzonder de (on)mogelijkheid getuigen te horen over hetgeen in het kader van de mediation is besproken of anderszins aan de orde is gekomen of vastgelegd.

3. Voormeld spanningsveld tussen enerzijds de gewenste en overeengekomen vertrouwelijkheid in het kader van een mediation en anderzijds de gewenste openheid “in rechte” is al vaker in gerechtelijke procedures naar voren gekomen. Zie bijvoorbeeld reeds Pres. Rb. Arnhem 4 februari 2000, nr. KG 2000, 65. Vergelijk bijvoorbeeld ook Rb. Arnhem, sector kanton, 20 december 2004, nr. HA VERZ 04-2035, waar het antwoord op de vraag of de in het geding gebrachte verslagen van een viertal mediationgesprekken gebruikt mochten worden als (steun)bewijs in het midden kon

worden gelaten nu deze verslagen kennelijk qua inhoud het gestelde toch niet konden bewijzen.

Ook buiten rechte is over dit spanningsveld reeds het nodige gezegd en geschreven. Zie met name 'Mediation en vertrouwelijkheid', in: Monografieën Mediation, deel 1, red. M. Pel en M.A. Vogel, Den Haag 2003 en recentelijk P.W.M. de Wolf en M.M.A. Spliet, 'Mediation en vertrouwelijkheid in het burgerlijk recht – enkele praktische tips', in: Trema 2005, p. 215-217.

4. Met het oog op de aanvaardbaarheid voor partijen, maar ook met het oog op de maatschappelijke betekenis van geschilbeslechting door de rechter meer in het algemeen, is het van groot belang dat rechterlijke beslissingen zoveel mogelijk zijn gebaseerd op "de werkelijkheid" (vgl. C.J.M. Klaassen, Het burgerlijk procesrecht en de waarheidsvinding, inleiding NVVP, Den Haag 2001). In deze context dient (bijvoorbeeld) de volledigheds- en waarheidsplicht van art. 21 Rv te worden gezien alsook de getuigplicht van art 165 lid 1 Rv. Hoewel waarheidsvinding een groot goed is en in diverse procesrechtelijke bepalingen is verankerd, geldt het belang der waarheidsvinding echter niet onverkort. Soms moet dit belang wijken voor andere, "hogere belangen". Zie bijvoorbeeld de uitzondering vermeld in art. 22 Rv ("gewichtige redenen"), die ook van toepassing kan worden geacht ten aanzien van art. 21 Rv (zie hierover C.J.M. Klaassen, NJB 2002, p. 1453-1454 en de bijdrage van de redactie in «JBPr» 2002/1). Denk verder, wat de getuigplicht betreft, aan de uitzondering die hierop wordt gemaakt door het verschoningsrecht.

5. Ook door het aangaan van een bewijsovereenkomst kan afbreuk worden gedaan aan de waarheidsvinding. Toch is het sluiten van dergelijke overeenkomsten geaccepteerd. Zie thans art. 153 Rv. Op grond van deze bepaling blijven

bewijsovereenkomsten slechts buiten toepassing wanneer zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan "zulks onverminderd de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijven". Deze laatste zinsnede verwijst (onder andere) naar de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW. Deze derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat het een partij in de gegeven omstandigheden niet vrij staat zich op een bewijsovereenkomst te beroepen.

6. Art. 4 van de door het NMI opgestelde modelovereenkomst, die wordt gehanteerd door erkende NMI-mediators, bepaalt: "Voor zover deze overeenkomst in samenhang met het Reglement partijen verplicht tot geheimhouding, geldt zij tevens als bewijsovereenkomst in de zin van de wet (...)". Daargelaten wat (meer in het algemeen) de waarde is van een contractuele kwalificering van iets als "bewijsovereenkomst", in dit geval lijkt op deze kwalificering weinig af te dingen nu immers als gevolg van de in de modelovereenkomst (art. 1.1) van toepassing verklaarde geheimhoudingsregeling bepaalde informatie wordt uitgesloten van bewijs. Zie art. 7 van het NMI mediation-reglement, voor zover hier relevant geciteerd in het vonnis van de rechtbank (waarin wordt uitgegaan van het reglement 1995, editie 1999, maar dit verschilt wat de geciteerde bepaling betreft niet van het thans geldende reglement 2001). Zie ook A.G.J. van Wassenae, Bouwrecht 1995, p. 726 alsmede G. Hilberink, 'Mediation en vertrouwelijkheid', in: Monografieën Mediation, deel 1 (voormeld) p. 72-73.

7. Keren we terug naar de vraag of een bewijsovereenkomst in de vorm van een geheimhoudingsregeling zich verdraagt met de waarheidsplicht van art. 21 Rv.

Hilberink (a.w., p. 73) schrijft: “Nu de waarheidsplicht in de wet is opgenomen, zal de rechter dus voorrang kunnen geven aan de waarheidsplicht en zal hij de bewijsovereenkomst die partijen zijn overeengekomen kunnen negeren”. Ik zou aan de wettelijke neerslag van de waarheidsplicht in dit verband geen doorslaggevende betekenis willen toekennen. Ofschoon een deel van de rechtspraktijk dit kennelijk anders heeft beleefd, beoogde de wetgever met de invoering van art. 21 Rv niets nieuws, maar werd deze bepaling als een neerslag van geldend recht gezien (zie C.J.M. Klaassen, NJB 2002, p. 1455 e.v.). Zoals Hilberink verderop in zijn bijdrage ook erkent, blijkt niet dat de wetgever in het kader van “NRv” heeft willen breken met het oude recht en is mijns inziens dan ook het uitgangspunt dat de waarheidsplicht en de figuur van de bewijsovereenkomst in beginsel naast elkaar kunnen bestaan. Dit neemt niet weg dat met name daar waar de bewijsovereenkomst geen betrekking heeft op de vraag wie de bewijslast heeft en hoe bewijs geleverd kan worden, maar daarentegen “negatief” geformuleerd is en bepaalde informatie buiten het geding houdt, een en ander kan wringen met de aan de waarheidsplicht ten grondslag liggende gedachte, dat een rechterlijke beslissing zo veel mogelijk dient aan te sluiten bij de werkelijkheid. Dit betekent mijns inziens niet per definitie dat de bewijsovereenkomst dient te wijken en de wederpartij geen aanspraak kan maken op naleving van de geheimhoudingsclausule. Waarheidsvinding, beslissing op grond van de werkelijk aan een geschil ten grondslag liggende feiten is een groot, maar geen absoluut goed. Op meer terreinen “strijdt” het belang der waarheidsvinding met andere belangen. Zie reeds onder 4. Vergelijk ook de discussie over de rechterlijke gebondenheid aan eindbeslissingen (zie voor een beknopte weergave van mijn standpunt hierover de voormelde inleiding voor de NVVP, p. 61-64). Het spanningsveld dat daar bestaat

tussen enerzijds waarheidsvinding en anderzijds een efficiënte geschiloplossing is in zekere zin vergelijkbaar met het spanningsveld tussen de waarheidsplicht en geheimhouding in geval van een gerechtelijke procedure na mediation.

8. Geschiloplossing door middel van mediation kan om diverse redenen te prefereren zijn boven geschilbeslechting door de rechter. Zo kan mediation, aldus het Landelijk bureau “Mediation naast Rechtspraak”, in sommige zaken een duurzamere en kwalitatief betere oplossing brengen dan een beslissing door de rechter ([www.rechtspraak.nl/naar de rechter/mediation naast rechtspraak/actualiteiten](http://www.rechtspraak.nl/naar-de-rechter/mediation-naast-rechtspraak/actualiteiten)). Vertrouwelijkheid en de daaruit voortvloeiende geheimhoudingsregeling wordt wel beschouwd als een wezenskenmerk van mediation en van groot of zelfs essentieel belang geacht voor het succes van mediation. Zie onder andere ‘Mediation en vertrouwelijkheid’, in: Monografieën Mediation, deel 1, p. 13: “Een bijzonder element van mediation is immers dat partijen het achterste van hun tong kunnen laten zien, en hun achterliggende belangen en emoties op tafel kunnen leggen. Op deze manier kunnen zij zelf, onder begeleiding van de mediator, op zoek gaan naar de beste oplossing van hun geschil. Dit proces ontleent zijn effectiviteit mede aan het feit dat informatie die partijen aan elkaar geven tijdens de mediation slechts gebruikt wordt voor het doel waarvoor zij is vrijgegeven, namelijk het oplossen van het geschil. De geboden vertrouwelijkheid vormt als het ware de pasmunt die gebruikt wordt om te zorgen dat partijen zich open opstellen in het mediationproces (...)”.

9. De vertrouwelijkheid van de mediation kan in geval van een voortgezette of althans daarop volgende gerechtelijke procedure diverse, uiteenlopende vragen oproepen tegen de achtergrond van het belang van de waarheidsplicht en meer in

het algemeen de waarheidsvinding in rechte. Algemeen geldende “hard and fast rules” hoe hiermee om te gaan en welk belang dient te prevaleren zijn dan ook niet te geven. Wanneer terzijde-stelling van de bewijsovereenkomst nu wel of niet gerechtvaardigd is, zal sterk afhangen van de omstandigheden van het concrete geval. Mede gelet op het kennelijke succes van mediation, in elk geval in zaken waarin reeds een procedure aanhangig was gemaakt, en de rol die de vertrouwelijkheid in dit verband wordt toegedicht, ben ik geneigd in beginsel terughoudendheid te bepleiten wat betreft het terzijdestellen van de overeengekomen vertrouwelijkheid c.q. het geheimhoudingsbeding (zie over de resultaten van voormelde categorie mediation bijvoorbeeld a.w., p. 11, noot 2 of voormelde internetsite: ruim 60% van de mediations in het kader van het Landelijk project mediation naast Rechtspraak eindigt met een algehele of gedeeltelijke overeenstemming). Ik wijs in dit verband ook uitdrukkelijk op de terughoudende formulering van art. 6:248 lid 2 BW: een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Ik ben echter geneigd in dit verband onderscheid te maken tussen gevallen waarin de mediation heeft geleid tot een oplossing in der minne, neergelegd in een vaststellingsovereenkomst, en mediations waarbij dit niet het geval is. Het belang van geheimhouding van hetgeen in het kader van de mediation met het oog op het aan mediation onderworpen geschil naar buiten is gebracht, weegt in het geval mediation niet tot geschiloplossing heeft geleid en er alsnog wordt (voort)geprocedeerd over dit geschil naar mijn mening zwaarder dan in het geval over het geschil met het oog waarop de mediation is gestart overeenstemming is bereikt, maar er vervolgens wederom een (nieuw) geschil ontstaat, nu betreffende de vaststellingsovereenkomst waarin het

oorspronkelijke geschil is geëindigd. Met het totstandkomen van de vaststellingsovereenkomst is in beginsel het belang van de vertrouwelijkheid wat betreft de informatie die in de poging tot oplossing van het oorspronkelijke geschil is verstrekt, komen te vervallen, althans is dit in een ander daglicht komen te staan. Tegelijkertijd geldt dat als de geheimhouding zich onverkort uitstrekt tot de vaststellingsovereenkomst en de bij de mediation betrokkenen niet mogen getuigen of anderszins mogen verklaren etc. over hetgeen in verband hiermee in het kader van de mediation aan de orde is geweest, de rechter bij een geschil over de uitleg van deze vaststellingsovereenkomst enkel is aangewezen op een grammaticale uitleg hiervan. Immers, ten aanzien van de uitleg van de vaststellingsovereenkomst zal er in de regel geen sprake zijn van informatie waarover een partij onafhankelijk van de mediation reeds beschikte. Zie ook de (voorlopige) uitkomst van het hier besproken vonnis van de Rechtbank Utrecht. De rechtbank oordeelt in casu dat de overeenkomst tussen partijen ondubbelzinnig de gemaakte betalingsafspraken weergeeft en weegt, zoals reeds vermeld, tevens mee dat deze overeenkomst door tussenkomst van de advocaten van beide partijen op schrift is gesteld. Ik wil en kan – bij gebrek aan nadere stukken – niet treden in dit oordeel van de rechtbank. Meer in het algemeen zij echter aangetekend dat de bemoeienis van advocaten niet altijd garandeert dat de tekst van een overeenkomst de bedoeling van de betrokken partijen ondubbelzinnig weergeeft alsmede dat de vraag óf dit het geval is, dan wel er ook grond is voor de (afwijkende) uitleg die een van de partijen daaraan meent te mogen geven, vaak pas kan worden beoordeeld door kennisneming van hetgeen partijen in het kader van de totstandkoming hiervan hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen in dit verband hebben afgeleid. Het uitsluiten van deze informatie maakt in wezen de toegang tot de rechter wat betreft



geschillen over de vaststellingsovereenkomst illusoir. Dát kan toch niet de bedoeling van de vertrouwelijkheid van mediation zijn.

Zie in dit verband ook de inleiding van Barendrecht, Brenninkmeijer en Pel, in de reeds meermalen aangehaalde monografie Mediation en vertrouwelijkheid, p. 15, waar – overigens in een iets andere context – wordt opgemerkt: “Van belang is om te bedenken, dat vertrouwelijkheid en mediation een ‘doelgebonden’ relatie met elkaar hebben, in die zin dat de vertrouwelijkheid er alleen toe dient om het mediationproces tussen partijen optimaal te laten verlopen. Vertrouwelijkheid vormt geen doel op zich en er moet dan ook gewaakt worden voor een zodanige benadering van de vertrouwelijkheid dat partijen, of één van hen, in hun belangen geschaad worden (...)”.

10. Een parallel kan ook worden getrokken met het verschoningsrecht van de notaris, of beter gezegd met de uitzondering daarop. Zie het Notaris van Eijck-arrest (HR 25 september 1992, NJ 1993, 467, m.nt HJS). Uit dit arrest volgt dat wanneer een notaris door partijen die hebben onderhandeld over een transactie en daarbij een bepaalde mate van overeenstemming hebben bereikt, wordt ingeschakeld om aan hen bijstand te verlenen door het ontwerpen van een notariële akte waarin de beoogde transactie wordt vastgelegd en uitgewerkt, het van de omstandigheden zal afhangen of hetgeen partijen aan de notaris hebben medegedeeld als aan hem toevertrouwd heeft te gelden (en dus onder zijn verschoningsrecht valt). Dit is, aldus de Hoge Raad, in elk geval niet zo wanneer de onderhandelingen tot overeenstemming hebben geleid die onder leiding van de notaris in enigerlei vorm is vastgelegd. De notaris zal dan ter zake van die totstandkoming en de uitleg van de transactie in een geschil tussen partijen moeten getuigen. In het geval geen overeenstemming wordt bereikt, zal de

notaris daarentegen verschoningsrecht hebben, zo leert de Hoge Raad.

11. Vergelijk ook de art. 9 en 10 van de UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002), betreffende internationale mediation, aldaar (ook) aangeduid als “Conciliation” (zie [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)). Art. 9 (Confidentiality) bepaalt: “Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the conciliation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law for the purpose of implementation or enforcement of a settlement agreement”. Art. 10 (Admissibility of evidence in other proceedings) geeft eerst een opsomming van informatie of bewijsmateriaal dat door de betrokkenen bij “conciliation” niet naar buiten mag worden gebracht. Vervolgens bepaalt par. 3:

“(...) Nevertheless, such information may be disclosed or admitted in evidence to the extent required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement.”

Zie over de vertrouwelijkheid van mediation in de Verenigde Staten, in het bijzonder in relatie tot de vaststellingsovereenkomst, de monografie Mediation en vertrouwelijkheid, p. 143 e.v. (M.A. Vogel).

12. Tot slot zij erop gewezen dat in het kader van het project Mediation naast Rechtspraak een enigszins aangepaste (NMI-)modelovereenkomst wordt gehanteerd, met name wat betreft de geheimhoudingsclausule. Partijen wordt nadrukkelijk voorgeschreven tijdens de slotbijeenkomst afspraken te maken over hetgeen uit de mediation naar buiten mag worden gebracht, juist ook in het geval in de mediation volledige overeenstemming is bereikt. Aldus wordt nadrukkelijk de aandacht gevraagd voor de (omvang) van de vertrouwelijkheid. Dit neemt echter niet

weg dat hierover toch geschillen kunnen ontstaan. Niet ondenkbaar is dat het spanningsveld tussen de vertrouwelijkheid van de mediation en de in rechte geldende waarheidsplicht in de toekomst regelmatig(er) tot vragen zal leiden, nu immers vanaf 1 april 2005 de doorverwijzingsvoorziening naar mediation door de rechterlijke macht bij alle rechtbanken en hoven (gefaseerd) wordt ingevoerd.

CJMK